

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El seis (06) de octubre de dos mil veintitrés (2023), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por el señor **OMAR LEONARDO OLARTE SÁNCHEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (en adelante COLFONDOS S. A) tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-017-2022-00382-01**.

AUTO

De conformidad con la escritura pública No. 1281 del 2 de junio de 2023, allegada vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S. quien representa en este proceso los intereses de PORVENIR S.A., se procede a reconocer personería para actuar como apoderada de PORVENIR S.A., a la abogada MARÍA ALEJANDRA RAMÍREZ OLEA, portadora de la T.P. 359.508 del C.S de la judicatura.

Así mismo, de conformidad con la escritura pública No. 1246 del 24 de julio de 2023, allegada vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de COLPENSIONES, para que represente a esta entidad, se procede a reconocer personería como apoderada principal a la UNION TEMPORAL FUERZA LEGAL TÉCNICA con Nit 901.729.276-4, y como apoderada sustituta, a la abogada SANDRA MILENA NARANJO SALAZAR con TP 225.677 del C.S. de la J.

El Magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES

El demandante pretende con la presente acción judicial, se declare la ineficacia o en subsidio la nulidad de su afiliación al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) en las AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por COLPENSIONES.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata el actor que se afilió al ISS en 1985, y que en el año 1994 fue visitado por unos asesores comerciales de PORVENIR S.A., quienes le prometieron un sinnúmero de prerrogativas y dádivas, sin haber recibido por parte de esta AFP una integral, suficiente, idónea, profesional y completa.

Así mismo, Indica que el 6 de abril de 1995 se trasladó a COLFONDOS S.A. sin que le fuera suministrada información necesaria y transparente para la toma de la decisión, ni tampoco le fue realizada reasesoría en el año 2014 cuando estaba cerca de cumplir los 52 años.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, y en consecuencia condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo para el efecto el capital, sus rendimientos, los gastos de administración, las cuotas de los seguros previsionales y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima. Igualmente ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo que el demandante estuvo afiliado. En cuanto a COLPENSIONES, le ordenó recibir los anteriores dineros y reflejarlos en la historia laboral y activar la afiliación de la demandante al RPM.

Para fulminar condena, la *a quo* argumentó que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional que se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes pensionales, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de la AFP.

Indicando que en el proceso no se probó por parte de la AFP PORVENIR S.A., que, al momento de la afiliación del demandante, haya cumplido con el deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba de la existencia de un consentimiento suficientemente informado, la suscripción del formulario de afiliación preimpreso; señaló además, que no hubo confesión por parte del demandante sobre el particular, y que el traslado entre fondos dentro del RAIS no impide la declaratoria de la afiliación a este régimen como así lo ha indicado claramente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por lo que consideró que existe mérito para acceder a las pretensiones y declarar la ineficacia del traslado.

La juez, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, indicó que esta clase de acciones son imprescriptibles, y condenó en costas a PORVENIR. S.A. a favor del demandante, fijando las agencias en derecho en la suma de \$2.000.000.

La sentencia no fue apelada, motivo por el cual se envió el expediente ante esta Corporación judicial con el fin de que surta el grado jurisdiccional de Consulta del fallo, en favor de Colpensiones.

3. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales del demandante, COLPENSIONES y PORVENIR S.A., presentaron oportunamente alegatos, anotando resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DEL DEMANDANTE.

- a. En ningún momento la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A, le suministró información adicional a mi representado consistente en el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, con el fin de obtener una pensión anticipada y mucho menos le informo el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, con el fin de obtener una pensión
- b. Nunca la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR SA realizo un estudio prepensional al señor OMAR LEONARDO

OLARTE SANCHEZ en donde se le indicaran las ventajas y desventajas del traslado al régimen de ahorro individual

- c. La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A no le informo al demandante que su mesada pensional dependía también de los miembros de su grupo familiar, de los movimientos del mercado y de la redención del bono pensional a los 60 años.
- d. El señor OMAR LEONARDO OLARTE SANCHEZ no tuvo una asesoría jurídica, económica y financiera especializada en pensiones por parte de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR y mucho menos le realizaron un estudio de viabilidad financiera que determinara los beneficios de trasladarse del RPM al RAIS.
- e. No le explicaron a mi poderdante cuáles eran los requisitos en ambos regímenes, para acceder a la pensión de vejez mucho menos las características de dichos regímenes.
- f. No le explico la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A al demandante la posibilidad de retractarse
- g. La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A no cumplió con el deber de ofrecer una información completa indicando las consecuencias del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.
- h. De acuerdo con lo anterior se evidencia que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. no le suministró al demandante información adecuada suficiente y cierta para su traslado al aquí demandante, por lo que la asesoría brindada no fue integral, suficiente, cierta, idónea, profesional y completa sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus efectos.
- i. Así mismo se evidencia que PORVENIR S.A. no probó que obró con diligencia debida y el cumplimiento de su deber de consejo en la información suministrada al señor OMAR LEONARDO OLARTE SANCHEZ y mucho menos con los deberes establecidos en la normatividad y jurisprudencia.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Sea lo primero solicitarles analizar nuevamente lo referente a la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modifico el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993

Es claro que el único interés recae sobre el beneficio económico que se puede obtener el Régimen de Prima Media al momento de pensionarse, lo que claramente no es un

fundamento legal para que se concedan laS pretensiones invocadas tal y como lo hizo el juzgador en primera instancia.

Ahora bien, la ineficacia invocada recae sobre un presunto error al que la parte actora fue inducida en razón a su desconocimiento, para lo cual se solicita al despacho tener de presente que el error, fuerza y dolo, es decir, los vicios del consentimiento deben ser probados, no simplemente referenciarse que los mismos se presentaron. En el caso en concreto el engaño invocado no se encuentra válidamente acreditado, ni con el soporte probatorio documental ni con los testimonios brindados, por lo que la ineficacia de traslado invocada carece de viabilidad, la mera afirmación de la parte actora de lo que aconteció hace tantos años al momento de su traslado al Régimen de ahorro individual no puede ser tomado como cierto absolutamente ya que como se dijo han pasado muchos años y se desconoce qué fue lo que realmente aconteció, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ese traslado y más aún que no se cuenta con la presencia del respectivo asesor del fondo privado, tomar una decisión en dicha magnitud resulta incluso arbitrario y contravía principios legales y constitucionales como la seguridad jurídica y el debido proceso, está establecido como regla general en derecho que la buena fe se presume y la mala fe se prueba y en el caso en concreto no quedo probada mala fe por ninguna de las partes, pero la buena fe solo se le reconoce a la parte actora existiendo claramente un vacío en la decisión adoptada por el Juzgado en primera instancia.

Es importante resaltar en este punto que el desconocimiento de la ley en Colombia no excluye de responsabilidad y no se logró probar que hubiese un engaño o coerción por parte de los asesores del fondo privado y por el contrario existe un gran vacío al respecto.

Ahora bien, si esta honorable corporación considera procedente la teoría de la ineficacia concedida por el a quo, se solicita se ordene al fondo privado la devolución de aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro recibido en razón a la afiliación que se está declarando ineficaz, lo anterior a raíz de que si el afiliado no va a hacer uso del fondo es claro que no tiene que quedarse el mismo con ningún monto máxime teniendo presente que el traslado efectuado se declaró ineficaz por lo que los efectos surtidos quedan sin valor alguno; Igualmente, es importante que ustedes señores magistrados tengan presente al momento de fallar que la entidad que represento es de orden público y va entrar en un detrimento patrimonial si debe reconocer una pensión de vejez sin recibir todos los rubros válidamente cotizados por el afiliado en el tiempo que duro su vínculo con el Régimen de Ahorro individual.

Para lo anterior se solicita tener presente sentencias muy recientes de la Honorable Corte Suprema de Justicia que regulan al respecto, tales como las SL 1421, SL 1452 y SL 1688 todas del año 2019.

Así las cosas, se solicita, se ordene la devolución de todos los rubros percibidos por el fondo privado sin importar el concepto a que se refieran en razón a las cotizaciones efectuadas por la parte actora, incluyendo con ellas la devolución de los gastos de administración así como todo lo descontado por pólizas provisionales debidamente indexado.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

Teniendo en cuenta que el juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado produciendo como efecto jurídico que las cosas vuelvan al estado anterior, y que se entienda que la demandante nunca estuvo en el R.A.I.S., de manera muy respetuosa Honorables Magistrados, les solicito que se confirme el traslado de los valores en los términos de los numerales “SEGUNDO” de la sentencia, frente al traslado de las cuotas de administración, las cuotas de los seguros previsionales y los saldos del fondo de pensión de garantía de pensión mínima, sin ordenar la indexación de los mismos, pues:

- 1.1. Atendiendo a que los efectos jurídicos que se causan tras la declaratoria de ineficacia son los propios del concepto de las restituciones mutuas, no es posible que se condene a una indexación de los valores ordenados a trasladar, pues dado que dicho detrimento que sufre el valor económico de los aportes se busca reponer con la indexación, el mismo se resarciría con los rendimientos financieros que se generaron debido a la buena gestión que mi representada hizo de los recursos de la demandante, que en todo caso, atendiendo a los efectos jurídicos antes mencionados, nunca debieron existir, por lo que se estaría imponiendo una condena doble en contra de mi representada.
- 1.2. Por otro lado, Las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a las cuentas de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

1.3. En el presente caso, es claro que dichos descuentos, han cumplido plenamente con su cometido, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta del afiliado y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad.

1.4. Atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico ordenando devolver o restituir un bien, en este caso una suma de dinero depositada, sumas que invirtió para el mantenimiento de dicho bien e incrementarlo.

Por si lo anterior no fuera poco, se recuerda que la inversión de dichos gastos de administración en seguros previsionales y en la generación de rendimientos, no se dio de manera antojadiza, sino por el contrario se dio de acuerdo con el mandato legal establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y a la obligatoriedad de la garantía de rentabilidad mínima establecida en el literal e) del artículo 60 de la ley 100 de 1993.

Las anteriores conclusiones frente a la ineficacia en la afiliación y en la manera en cómo deben operar las restituciones mutuas para hacer compatible el régimen y la sostenibilidad del sistema se han recogido y enriquecen con el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000 el cual fue solicitado por ASOFONDOS.

4. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz y de serlo, en qué términos y condiciones se debe realizar el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por el demandante.

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la CONSULTA de la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes,

5. CONSIDERACIONES:

Para resolver la consulta, es necesario manifestar, primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado del demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

La jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014, abandonando el concepto de **nulidad** del traslado, precisó que la omisión en la debida asesoría de las AFP al momento del referido traslado lo convierte en **ineficaz**, por violentar la exigencia del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993, sobre la obligatoriedad de que tal manifestación de traslado fuera libre y voluntaria y contempló, que de no ser así, la afiliación respectiva quedaría sin efecto y podría realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en las que, además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia del traslado de régimen pensional, las que se resumen de la siguiente manera:

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)
2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.

3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente asunto, está probado, que el accionante, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, cómo se prueba con la historia laboral (folios 45 a 50 archivo 07ContestacionDemandaColpensiones), se trasladó al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. el 12 de abril de 1994, conforme se extrae del respectivo formulario de afiliación (folio 50 archivo 09ContestacionDemandaPorvenir) con efectividad al 1° de mayo de ese mismo año como se anota del certificado del SIAFP (folio 46 archivo 09ContestacionDemandaPorvenir). Posteriormente se trasladó a COLFONDOS el 06 de abril de 1995 como se desprende del formulario de afiliación a dicho fondo, (folio 51 archivo 01DemandaUnificada), fondo donde actualmente se encuentra conforme el certificado expedido por esta AFP el 23 de junio de 2022 (folio 52 archivo 01DemandaUnificada).

De otra parte, en este caso, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1° de abril de 1994 con 40 o más años o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PORVENIR S.A. en el año 1994 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:32:25 del video de la audiencia de conciliación y trámite (documento 18 del expediente digital), no se advierte que, este haya confesado que al momento de su traslado de régimen se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos

que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, como bien lo sostuvo la Juez de primera instancia, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP PORVENIR S.A., siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que se confirmará la decisión de la *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 1994 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PORVENIR S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, encuentra la Sala que, la orden impartida por la *a quo*, no se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, pues la juez no hizo mención para el caso de COLFONDOS S.A. a la devolución del porcentaje del reaseguro de Fogafín durante el tiempo que legalmente se haya descontado de la cotización, y para el caso de PORVENIR S.A. no hizo mención a la devolución del porcentaje del reaseguro de Fogafín y los seguros previsionales, por lo que se precisa en esta instancia, que COLFONDOS S.A., debe devolver a Colpensiones la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actora, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín durante el tiempo que legalmente se haya descontado de la cotización, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole, pues, al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este**, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Ha explicado la Corte Suprema de Justicia que las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando la Sala Civil de la alta Corporación que: *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la*

consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

En este orden de ideas, como lo dispone el art. 1746 del C.C., norma que regula las restituciones mutuas en el régimen de nulidades: *“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”.*

En este sentido se pronunció igualmente la SCL de la CSJ, sentencia 31989 de 8 de septiembre de 2008 y lo reiteró en sentencias SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019 y SL1688-2019, en la que precisó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Teniendo en cuenta lo anterior, al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, o de no afectar a terceros de buena fe como las aseguradoras previsionales, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de la AFP demandada, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, que tiene como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deba asumir de su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Ahora, respecto de la afirmación en los alegatos de COLPENSIONES, sobre la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modifico el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, cuando le falten al afiliado menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es palmario que tal prohibición, se aplica en los casos de traslado voluntario, que no es lo que pretende la actora, sino la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

Finalmente, respecto de la solicitud de la apoderada de COLPENSIONES en los alegatos de esta instancia, en el sentido que, de prosperar la ineficacia, se ordene la devolución de todos los rubros, incluyendo los gastos de administración y lo descontado por pólizas provisionales debidamente indexado, la Sala considera que la indexación es procedente, respecto del porcentaje de las cotizaciones no fue abonadas a la cuenta de ahorro pensional de la demandante, por cuanto no devengó los rendimientos o intereses, pues fueron apropiados por las AFP o gastados para los pagos de las primas, y por ello debe ser devuelto indexado.

Al respecto la jurisprudencia de la CSJ de la que se citan las sentencias SL1688 de 2019 SL 2932 de 2020, SL 3202, 3571, 3706, 3707, 3708, 3709 y 3769 de 2021, la CSJ ha ordenó que las cuotas de administración fueran devueltas indexadas.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandadas al dar respuesta a la demanda, se tiene que, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la CSJ, al concluirse que el acto jurídico de traslado de régimen nunca nació a la vida jurídica, no es procedente aplicar la prescripción, conforme puntualmente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada y consultada será CONFIRMADA y ADICIONADA en los términos anteriormente expuestos.

Sin COSTAS en esta instancia.

6. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia del 26 de abril de 2023 proferida por el JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **OMAR LEONARDO OLARTE SÁNCHEZ** contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**, ADICIONÁNDOLA en el sentido de DECLARAR que la devolución que debe realizar COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES, deberá incluir la totalidad de los aportes pensionales o cotizaciones, que recibió con motivo de la afiliación del actor, sin descuento de ninguna índole, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, con sus intereses o rendimientos, indexando el porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional del demandante.

Asimismo, PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES de manera indexada los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir, el porcentaje de la cotización que no consignó en la cuenta de ahorro pensional del actor, durante estuvo afiliado a esta AFP

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, y se firma por quienes en ella han intervenido, los magistrados,

Firmado Por:

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado

Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8ffb464e82529f50b344bd6f9cbea484e94de2d3f99cbb3a63cd0b9813619493**

Documento generado en 06/10/2023 02:55:36 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>